

INTEGRITAS Mitgliederversammlung

2. Dezember 2010

§ 11 HWG – Änderungsbedarf bei den Publikumswerbeverboten

RA Ulf Doepner

Problematik der Ausgestaltung der Tatbestände des § 11 Abs. 1 HWG als abstrakte Gefährungsdelikte

- Typisierte und formale Ausgestaltung der Publikumswerbeverbote
- Analyse und Einschätzung des deutschen Gesetzgebers hinsichtlich Handlungsabläufen und Gefahrenverursachung:

Tatbestandliche Verletzungshandlung

- Unsachliche Beeinflussung und/oder Irreführung
- Fehlerhafte Entscheidungsfindung
- Fehl- oder Zuvielverbrauch/-gebrauch eines Heilmittels
- Gesundheitsgefährdung bzw. -beeinträchtigung

Problematik der Ausgestaltung der Tatbestände des § 11 Abs. 1 HWG als abstrakte Gefährungsdelikte

- Zweifache Vorverlagerung des Rechtsschutzes:
 - fördert einerseits Rechtssicherheit, Effizienz und Praktikabilität der Rechtsanwendung und verbessert so den Rechtsgüterschutz,
 - erfasst aber andererseits auch Fallkonstellationen, die sich als eindeutig ungefährlich erweisen.

Überschussproblematik bei abstrakten Gefährdungsdelikten

Im Hinblick auf § 11 Abs. 1 HWG zwei Lösungsansätze in der Rechtsprechung:

- (1) **Teleologische Reduktion** (OLG München, PharmR 2009, 173)

Problem der Rechtsfortbildung: Es fehlt an einer planwidrigen Lücke.

- (2) **Verfassungskonforme Einschränkung** zu „konkreten Gefährdungsdelikten“

(BGH, GRUR 2007, 809 - Krankenhauswerbung u.ö.)

Problem: Vorrang des Gemeinschaftsrechts auch im Hinblick auf den Grundrechtsschutz, soweit das nationale Recht zwingend den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht. Fragwürdigkeit im Übrigen wegen des rechtsstaatlichen Gewaltenteilungsprinzips: Die Verfassungsgerichtsbarkeit hat hinsichtlich der gewählten Normtypologie grundsätzlich die Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu respektieren.

Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

- Richtlinie 92/28/EWG und nachfolgend Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel
- Kontroverse: Mindeststandard oder Vollharmonisierung?
- Der EuGH entscheidet sich grundsätzlich für eine Vollharmonisierung
(PharmR 2008, 52 – Gintec)
- Umfang der Befugnis des nationalen Gesetzgebers zur Lückenfüllung weitgehend ungeklärt

Legislatorischer Anpassungsbedarf bezüglich § 11 Abs. 1 HWG

- Gefordert wird eine inhaltliche und normtypologische Kohärenz

- Fünf Normkategorien:
 - (1) Richtlinienkonforme Normen
 - (2) Eingeschränkt richtlinienkonforme Normen
 - (3) Richtlinienwidrige Normen
 - (4) Planwidrige Richtlinienlücken
 - (5) Nicht umgesetzte Richtlinienvorgaben

(1) Richtlinienkonforme Normen

- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 HWG** ≈ Art. 89 Abs. 1a Gemeinschaftskodex
- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 12 HWG** ≈ Art. 90e Gemeinschaftskodex
- **§ 11 Abs. 2 HWG** ≈ Art. 90b Gemeinschaftskodex
- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 HWG** ≈ Art. 90f Gemeinschaftskodex
- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG** ≈ Art. 90f Gemeinschaftskodex
- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 14 HWG** ≈ Art. 88 Abs. 6 Gemeinschaftskodex

(2) Eingeschränkt richtlinienkonforme Normen

- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HWG** ≈ Art. 90i und 90j Gemeinschaftskodex
- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5a HWG** ≈ Art. 90k Gemeinschaftskodex
- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5b HWG** ≈ „illustrierte Ergänzung“ zu § 11 Abs. 1 Nr. 3 HWG
- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5c HWG** ≈ Art. 90k Gemeinschaftskodex
- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 HWG** ≈ Art. 90i Gemeinschaftskodex
- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 HWG** ≈ Art. 90f und 90j Gemeinschaftskodex

(3) Richtlinienwidrige Normen

- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 HWG**

(Verbot der Publikumswerbung mit fremd- oder fachsprachlichen Bezeichnungen, die nicht in den allgemeinen deutschen Sprachgebrauch eingegangen sind: nationale Lückenschließung möglich oder abschließende Vollharmonisierung?)

(4) Planwidrige Richtlinienlücken

- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 HWG**
(Angstwerbung)
- **§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 HWG**
(aleatorische Wertwerbung)

(5) Nicht umgesetzte Richtlinienvorgaben

- **Art. 90b Gemeinschaftskodex, 1. Alt.**
(Garantiewerbung bezüglich Nebenwirkungen)
- **Art. 90g Gemeinschaftskodex**
(Verbot der anlehenden Werbung)
- **Art. 90h Gemeinschaftskodex**
(Naturwerbung)

Weitergehender Handlungsbedarf

1. Sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung zwischen einer Absatzwerbung für Medizinprodukte und einer Absatzwerbung für Arzneimittel
2. Rechtstatsachenforschung – Wandel im Verbraucherleitbild